

WYROK
z dnia 27 czerwca 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Zuzanna Idzkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 czerwca 2018 roku przez wykonawcę **Anatex Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (15-399)** w postępowaniu prowadzonym przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury z siedzibą w Olsztynie (10-073)**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **Zakład Ogólnobudowlany s.c. M. S. S. S. (lider), ST&T K., Z., Ż. Sp. j. (partner) z siedzibą dla lidera:** **ul. Kolejowa 10, 19-500 Gołdap**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów: zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum w składzie: Zakład Ogólnobudowlany s.c. M. S. S. S. (lider), ST&T K., Z., Ż. Sp. j. (partner) z siedzibą dla lidera: ul. Kolejowa 10, 19-500 Gołdap, ponieważ zawiera błąd w obliczeniu ceny z tego względu, że wykonawcy ci zastosowali dla robót związanych z budynkiem, oprócz stawki podstawowej, nieprawidłową, obniżoną stawkę podatku VAT, przystępujący nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 ze zm.) na

przedłużenie terminu związania ofertą oraz z tego względu, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: Zakład Ogólnobudowlany s.c. M. S. S. S. (lider), ST&T K., Z., Ż. Sp. j. (partner) z siedzibą dla lidera: ul. Kolejowa 10, 19-500 Gołdap; zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty konsorcjum w składzie: Zakład Ogólnobudowlany s.c. M. S. S. S. (lider), ST&T K., Z., Ż. Sp. j. (partner) z siedzibą dla lidera: ul. Kolejowa 10, 19-500 Gołdap, ponieważ zawiera błąd w obliczeniu ceny z tego względu, iż przystępujący zastosował dla robót zewnętrznych w zakresie sieci teletechnicznych nieprawidłową, obniżoną stawkę podatku VAT nie potwierdził się;

2. kosztami postępowania obciąża Rejonowy Zarząd Infrastruktury z siedzibą w Olsztynie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Anatex Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (15-399)** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Rejonowego Zarządu Infrastruktury z siedzibą w Olsztynie (10-073)** na rzecz wykonawcy **Anatex Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (15-399)** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowanie odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wykonawca Anatex Sp. z o.o., ul. Handlowa 6G, 15-399 Białystok (dalej „Odwołujący”) złożył odwołanie dotyczące ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 marca 2018 r. pod numerem 533870-N-2018 postępowania, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Przebudowę budynku nr 13 w Bemowie Piskim wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz zmianą przeznaczenia na koszarowy z częścią ambulatorium dla potrzeb 24 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Giżycku – postępowanie nr 38/RB” przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Saperska 1, bud. nr 5, 10-073 Olsztyn (dalej „zamawiający”) wobec:

1. czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez konsorcjum w składzie: Zakład Ogólnobudowlany S.C. M. S., S. S. ul. Kolejowa 10, 19-500 Gołdap (lider), ST&T K., Z., Ż. Sp. J., ul. Pożaryskiego 28 bud. 7, 04-703 Warszawa (dalej „konsorcjum” albo „przystępujący”),
2. czynności badania i oceny oferty złożonej przez konsorcjum,
3. zaniechania czynności odrzucenia oferty konsorcjum, ponieważ zawiera błąd w obliczeniu ceny, wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz zawiera rażąco niską ceną,
4. zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 89 ust. 1 pkt 7a i pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”], poprzez zaniechanie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum, ponieważ zawiera błąd w obliczeniu ceny, wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą oraz zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:

1. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. dokonał czynności odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum,
3. dokonał czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

I.

Odwołujący podał, że w ofercie konsorcjum zastosowało dwie stawki podatku VAT, tj. 8% i 23%, w tym błędnie stawkę podatku VAT 8% przy wykonywaniu robót związanych z budynkiem. Stwierdził, że bez analizy złożoności obiektu zastosowano preferencyjną stawkę podatku VAT, która może być zastosowana tylko w przypadku braku wątpliwości. Uznał, że budynek łączy w sobie dwie funkcje: koszarową i ambulatoryjną, wobec powyższego należy przeanalizować jaka funkcja budynku jest wiodąca. Oświadczył, że z dokonanej przez niego analizy dokumentacji projektowej powierzchnia części ambulatoryjnej stanowi większą część, niż część koszarowa dla której można zastosować preferencyjną stawkę podatku VAT, w związku z czym nie można zastosować preferencyjnej stawki podatku VAT dla całości budynku.

II.

Stanął na stanowisku, że nawet przyjmując za prawidłowe zastosowanie podatku VAT w wysokości 8% dla robót w budynku, to nie jest to dopuszczalne dla robót zewnętrznych. W ocenie odwołującego przyznało to samo konsorcjum. Stwierdził, że konsorcjum wydzieliło z całości zamówienia prace dotyczące robót zewnętrznych niezwiązanych bezpośrednio z robotami budowlanymi prowadzonymi w budynku, tj. roboty drogowe, ogrodzenie, przyłącza zewnętrzne, roboty elektroenergetyczne zewnętrzne dla których zastosowało stawkę podatku VAT w wysokości 23%, jednak błędnie zastosowało 8% stawkę podatku VAT dla roboty zewnętrznej w zakresie prac określonych nazwą sieci teletechniczne zewnętrzne, co wynika z przedłożonej przez konsorcjum tabeli elementów rozliczeniowych i dotyczy prac o wartości 49 763,69 zł netto. Uznał, że w tym zakresie jest to błąd w obliczeniu ceny, poprzez zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT dla sieci teletechnicznych zewnętrznych.

III.

Odwołujący podał, że pismem z dnia 14 maja 2018 r. o numerze 2910/18 zamawiający wezwał konsorcjum do przedłużenia terminu związania ofertą do dnia 29 czerwca 2018 r., w odpowiedzi na co konsorcjum złożyło pismo z dnia 15 maja 2018 r. zarejestrowane pod numerem 4056/18, w którym przedłużyło termin związania ofertą i wadium o 30 dni – do dnia 15 czerwca 2018 r. Podniósł, że oznacza to, że konsorcjum nie wyraziło zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 29 czerwca 2018 r., co powinno skutkować odrzuceniem oferty konsorcjum firm.

Powołał się na wyrok KIO o sygn. akt KI0151/17, zgodnie z którym: *„Analiza powołanych przepisów, zdaniem Izby, prowadzi do wniosku, że obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy aktualizuje się w sytuacji, w której na jego wezwanie do*

przedłużenia terminu związania ofertą, wykonawca takiej zgody nie wyrazi. Przy czym, w ocenie izby, nie chodzi o wyrażenie zgody co do zasady, ale na warunkach określonych przez zamawiającego. Nie można bowiem pomijać, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp referuje do przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, który daje zamawiającemu uprawnienie do określenia okresu, o jaki wykonawca winien przedłużyć termin związania ofertą. Pogląd ten znalazł aprobatę w orzecznictwie, wystarczy chociażby wskazać na orzeczenie KIO z dnia 15.04.2015 r., sygn. akt: KIO 592/15, KIO 598/15, KIO 602/15, w którym stwierdzono, że „brak zgody wykonawcy na przedłużenie okresu związania ofertą odnosi się nie tylko do sytuacji, w której wykonawca zgody takiej nie wyraża, ale również i takiej, gdzie wykonawca, co prawda wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, ale na okres krótszy niż ten określony przez zamawiającego na mocy przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp”. Dalej należy wskazać, że wezwanie wykonawcy przez zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą nie może być przez wykonawcę ignorowane ze względu na skutki, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, nawet w okolicznościach, jeśli zostało skierowane do wykonawcy pomimo, że ten samodzielnie, z własnej inicjatywy, przedłużył termin związania ofertą.”

IV.

Odwołujący wskazał, że konsorcjum złożyło ofertę na wartość 7 100 000,00 zł brutto, która jest niższa o 30,36% w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu; zamawiający wezwał konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zdaniem odwołującego konsorcjum przedstawiło ogólne wyjaśnienia, oparte na ogólnych wnioskach niepopartych dowodami. Zauważył, że zamawiający, po otrzymaniu wyjaśnień, miał wątpliwości w zakresie prawidłowości skalkulowania ceny i dodatkowo zażądał przedłożenia kosztorysów. Podał, że dokumenty zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, więc nie może przanalizować prawidłowości w zakresie kalkulacji ceny na tej podstawie. Dodał, że kosztorysy nie zostały mu udostępnione mimo braku odpowiedniego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa przez konsorcjum.

Stanął na stanowisku, że same kosztorysy nie są wystarczające, niezbędne byłoby przedłożenie ofert na materiały, które to stanowią istotną część oferty, a które wg konsorcjum mają korzystniejsze ceny niż w kosztorysie inwestorskim. Stwierdził, że swoje wyjaśnienia konsorcjum skupiło jedynie na odniesieniu do kosztorysów inwestorskich, a tylko w sposobu lakoniczny odniosło się do ofert innych wykonawców, a to w tym zakresie – wedle odwołującego – jest większa różnica. Zdaniem odwołującego większość argumentów o wyjątkowej sytuacji konsorcjum jest chybiona, bowiem podobne warunki mają pozostali oferenci, którzy złożyli zdecydowanie wyższe oferty.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 18 czerwca 2018 r., Odpowiedzi na odwołanie (pismo zamawiającego z dnia 22 czerwca 2018 r.), a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny oferty przystępującego, którego ofertę zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą oznacza, że stwierdzenie naruszenia w tym zakresie dawałoby odwołującemu szansę na uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia – oferta odwołującego byłaby jedyną niepodlegającą odrzuceniu.

Skład orzekający Izby za gołosłowne uznał twierdzenie zamawiającego z rozprawy, iż zamawiający nie jest w stanie zwiększyć środków finansowych na realizację przedmiotowego zamówienia do wysokości ceny ofertowej odwołującego.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, ponieważ zawiera błąd w obliczeniu ceny z tego względu, że przystępujący zastosował dla robót związanych z budynkiem, oprócz stawki podstawowej, nieprawidłową stawkę VAT – stawkę obniżoną, tj. 8%, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W załączniku nr 2 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał PKOB 1130 – budynki zbiorowego zamieszkania, w tym budynki mieszkalne na terenie koszar (Zamawiający potwierdził to w Odpowiedzi na odwołanie str. 4, drugi akapit).

W „Arkuszu ofertowym” przystępujący oświadczył: „1a Oferuję/-emy wykonanie przedmiotu zamówienia (elementy związane z budynkiem) za cenę ryczałtową: - netto

6.199.379,63 zł – VAT 8 % słownie: (...) – brutto (z podatkiem VAT): 6.695. 330,00 zł słownie: (...).”

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołując twierdził, że zastosowanie przez przystępującego, w odniesieniu do robót związanych z budynkiem, stawki VAT 8% było nieprawidłowe z tego względu, iż „powierzchnia części ambulatoryjnej stanowi większą część niż część koszarowa dla której można zastosować preferencyjną stawkę podatku VAT. W związku z tym nie można zastosować stawki podatku VAT dla całości budynku.” (str. 3 odwołania pkt 1, dwa ostatnie zdania).

To, iż część ambulatoryjna stanowi większą część niż część koszarowa nie była sporna (W odpowiedzi na odwołanie zamawiający podał, że po przebudowie całkowita powierzchnia mieszkalna – część koszarowa – zajmować będzie 41,98% powierzchni użytkowej budynku, zaś część ambulatoryjna 47,14% – str. 5, drugi akapit).

Skład orzekający Izby odmówił więc przeprowadzenia dowodu z „Zestawienia powierzchni użytkowej budynku wg treści Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB)”, gdyż okoliczności objęte ww. oświadczeniami nie pozostają pomiędzy stronami sporne.

Zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie stwierdził jednak dodatkowo (str. 5 drugi akapit), że „(...) Kierując się zasadami klasyfikacji budynków zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30.12.1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) w Opisie przedmiotu zamówienia wskazać należało PKOB 1264 – budynki instytucji ochrony zdrowia świadczące usługi zakwaterowania, z opieką lekarską i pielęgniarską dla ludzi starszych, niepełnosprawnych, itp., a nie jako 1130.”

Bezspornie jednak to PKOB 1130, a nie PKOB 1264 podał zamawiający w Opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym dla wykonawców podstawę do sporządzenia oferty, w tym co do obliczenia ceny.

W ocenie składu orzekającego Izby powyższe wskazanie przesądza o tym, iż postanowienia SIWZ nie dawały podstaw do kwalifikacji przebudowywanego budynku po remoncie jako budynku instytucji ochrony zdrowia świadczącej usługi zakwaterowania, z opieką lekarską i pielęgniarską dla ludzi starszych, niepełnosprawnych, itp., tym bardziej, że zamawiający nie wskazał wyraźnie w SIWZ, iż przewidział, że opieka lekarska i pielęgniarska będzie świadczona dla ludzi starszych, czy niepełnosprawnych.

Reasumując, zamawiający niezasadnie zaniechał odrzucenia oferty przystępującego, ponieważ ten zastosował obniżoną 8% stawkę podatku VAT dla robót związanych z budynkiem – dla budynku instytucji ochrony zdrowia świadczącej usługi zakwaterowania, z opieką lekarską i pielęgniarską dla ludzi starszych, niepełnosprawnych, do czego

postanowienia SIWZ nie dawały podstaw.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty przystępującego, ponieważ zawiera błąd w obliczeniu ceny z tego względu, iż przystępujący zastosował dla robót zewnętrznych w zakresie sieci teletechnicznych nieprawidłową stawkę VAT – stawkę obniżoną, tj. 8% podatku VAT, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W „Arkuszu ofertowym” przystępujący oświadczył: „1. Oferuję/-emy wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę ryczałtową: netto 6.528.379,63 zł – VAT 8 i 23 % słownie: (...) – brutto (z podatkiem VAT): 7.100. 000,00 zł słownie: (...) 1a Oferuję/-emy wykonanie przedmiotu zamówienia (elementy związane z budynkiem) za cenę ryczałtową: - netto 6.199.379,63 zł – VAT 8 % słownie: (...) – brutto (z podatkiem VAT): 6.695. 330,00 zł słownie: (...) 1b Oferuję/-emy wykonanie przedmiotu zamówienia (elementy zewnętrzne) za cenę ryczałtową: - netto 329 000,00 zł – VAT 23 % słownie: (...)”

Pismem z dnia 30 kwietnia 2018 r. zamawiający wezwał przystępującego, powołując się na przepis art. 90 ust. 1a pkt ustawy Pzp do złożenia „*dodatkowych informacji dotyczących wyceny*” oraz do „*udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny*”. Zażądał także przedstawienia „*Tabeli elementów rozliczeniowych*”.

Do pisma z dnia 9 maja 2018 r., stanowiącej odpowiedź na ww. wezwanie przystępujący załączył „*Tabelę elementów rozliczeniowych*”, w których (bezsporne) w przypadku prac o wartości 49 763,69 zł netto – sieci teletechniczne zewnętrzne ujęto stawkę 8%.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie nie odniósł się do zarzutu zastosowania przez przystępującego nieprawidłowej stawki podatku VAT dla zewnętrznych sieci teletechnicznych, koncentrując się na prezentacji argumentacji tak natury ogólnej, jak i szczegółowej dotyczącej zarzutu poprzedniego.

Na rozprawie zamawiający podniósł, że „*w przedmiotowym postępowaniu wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, co oznacza, iż przystępujący jest związany wysokością zaoferowanej ceny ryczałtowej, treścią oferty przystępującego nie były kosztorysy ofertowe, czy Tabela elementów rozliczeniowych, które zostały dodatkowo na*

wezwanie zamawiającego złożone ze względu na badanie, czy zaoferowana cena jest rażąco niska. Zamawiający stoi na stanowisku, iż choćby z tego względu nie można uznać, że przy obliczeniu ceny ofertowej przez przystępującego nastąpił błąd. Stawka i kwota w odniesieniu do sieci teletechnicznych zewnętrznych w treści oferty nie została wyodrębniona.”

Przystępujący na rozprawie oświadczył, w odniesieniu do prac na zewnątrz, że „prace w tym zakresie nie zostały w sposób szczegółowy opisane w dokumentacji zamawiającego. Analiza dokumentacji doprowadziła przystępującego do wniosku, iż o ile zamawiający przewidział obowiązek wykonania kabli w przewodach, o tyle nie wskazał, że mają być wykonane w szczególności wykopy na zewnątrz, np. na te przewody. Kalkulując cenę ofertową wycenił prace wskazane przez zamawiającego wprost, a w odniesieniu do ewentualnych prac na zewnątrz, jak wykopy przyjął to jako element ceny ryczałtowej.”

Odwołujący zarzut oparł na treści „Tabeli elementów rozliczeniowych” złożonych przez przystępującego w kontekście wezwania do wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny ofertowej, nie w kontekście prawidłowości sposobu obliczenia ceny – zastosowania właściwej stawki podatku VAT.

Skład orzekający Izby zauważył, iż w treści oferty („Arkusze ofertowy”) wykonawcy nie mieli obowiązku wskazania stawki podatku VAT dla zewnętrznych sieci teletechnicznych i przystępujący stawki tej nie wskazał.

W ocenie składu orzekającego Izby przyjęcie, nie na podstawie treści oferty (która stawki dla zewnętrznych sieci teletechnicznych nie wyodrębniła), ale „Tabeli elementów rozliczeniowych”, złożonej przez przystępującego, w innych celach niż wykazanie prawidłowości sposobu obliczenia ceny jest zbyt daleko idące i z tego względu nie może prowadzić do uznania, że zaistniały podstawy do odrzucenia oferty przystępującego.

Reasumując, zamawiający zasadnie uznał, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu, ponieważ oferta ta nie wyodrębniła w ogóle stawki VAT w odniesieniu do robot zewnętrznych teletechnicznych.

Skład orzekający Izby oddalił wniosek o przeprowadzenie dowodu z „Projektu zagospodarowania terenu”, złożonego na rozprawie przez odwołującego, ponieważ przedmiotowy dowód nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Wykazanie, że w Projekcie kanalizację teletechniczną ujęto na zewnątrz budynku nie ma znaczenia wobec faktu, że zamawiający nie przewidział dla wykonawców, aby wyodrębnili w ofercie stawkę podatku VAT dla sieci teletechnicznych.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty przystępującego, ponieważ przystępujący nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp na przedłużenie terminu związania ofertą, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 16 kwietnia 2018 r. godz. 14⁰⁰ (Rozdział XII pkt 1 SIWZ), w tym też dniu odbyła się publiczna sesja otwarcia ofert. Zakreślony przez zamawiającego termin związania ofertą to 30 dni. Zamawiający wskazał też, że bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. (Rozdział X SIWZ).

Pismem z dnia 14 maja 2018 r. zamawiający wezwał przystępującego, powołując się na art. 85 ust. 2 ustawy Pzp o przedłużenie terminu związania ofertą do 29 czerwca 2018 r. oraz przypominając, że *„zgodnie z art. 85 ust. 4 przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem ważności Ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej nr 998-A-757093 z dnia 13.04.2018 r. lub wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.”*

Pismem z dnia 15 maja 2018 r. (wpływ do zamawiającego w tym samym dniu) przystępujący oświadczył, że przedłuża termin związania ofertą „o okres kolejnych 30 dni”, załączając aneks nr 1 z dnia 14 maja 2018 r. do Gwarancji zapłaty wadium 998-A-757093 z dnia 13 kwietnia 2018 r. W aneksie wskazano: *„Gwarancja niniejsza ważna jest od 16-04-2018 r. do 15-06-2018 r. (...).”*

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą.

Art. 85 ust. 2 ustawy Pzp brzmi zaś: *„Wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.”*

Pierwotny, trzydziestodniowy termin związania ofertą upływał w dniu 15 maja 2018 r.

Zamawiający, zwracając się do przystępującego – pismem z 15 kwietnia 2018 r. – o przedłużenie terminu związania ofertą uchybił wskazanemu w ww. przepisie 3-dniowemu terminowi.

Skład orzekający Izby stanął jednak na stanowisku, że choć zamawiający zwrócił się

do przystępującego o przedłużenie terminu związania ofertą z krótszym niż 3-dniowy wyprzedzeniem, to wezwanie to było skuteczne.

Skład orzekający Izby podziela pogląd, iż *„Termin co najmniej 3 dni, w jakim przed upływem okresu związania ofertą zamawiający może zwrócić się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą, należy traktować jako termin instrukcyjny, mający na celu zagwarantowanie wykonawcom czasu wystarczającego na złożenie stosownego oświadczenia i ewentualne wniesienie wadium. Nie oznacza to więc, że zwrócenie się o przedłużenie związania ofertą w czasie krótszym niż na 3 dni przed upływem tego terminu, będzie nieskuteczne.”* (...) W. Dzierżanowski (w: Dzierżanowski i in., *Prawo zamówień*) wskazuje na pozornosc tego 3-dniowego terminu jako okresu zapewniającego wykonawcy wystarczający czas na przygotowanie i złożenie stosownych dokumentów. (...) w niektórych wypadkach wykonawca będzie miał praktycznie co najwyżej dzień na załatwienie sprawy. Ten 3-dniowy termin, tak jak i wszystkie inne w ustawie, odnosi się bowiem do dni kalendarzowych, a nie roboczych.” (J. Pieróg *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 2017).

Podkreślenia dodatkowo wymaga, że ustawa nie przewiduje dla zamawiającego sankcji za niedochowanie wskazanego w przepisie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp terminu.

Wskazać także warto, że w orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślano, że to po stronie wykonawców, którzy są zainteresowani udziałem w postępowaniu i uzyskaniem zamówienia leży obowiązek dbałości o prawidłowe złożenie i funkcjonowanie w postępowaniu jego własnej oferty.

Skład orzekający Izby za własną przyjął także argumentację zaprezentowaną przez Izbę – w odniesieniu do interpretacji art. 85 ust. 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp – w wyroku z dnia 6 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 151/17: *„Analiza powołanych przepisów, zdaniem Izby, prowadzi do wniosku, że obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy aktualizuje się w sytuacji, w której na jego wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą, wykonawca takiej zgody nie wyrazi. Przy czym, w ocenie Izby, nie chodzi o wyrażenie zgody co do zasady, ale na warunkach określonych przez zamawiającego. Nie można bowiem pomijać, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp referuje do przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, który daje zamawiającemu uprawnienie do określenia okresu, o jaki wykonawca winien przedłużyć termin związania ofertą. Pogląd ten znalazł aprobatę w orzecznictwie, wystarczy chociażby wskazać na orzeczenie KIO z dnia 15.04.2015 r., sygn. akt: KIO 592/15, KIO 598/15, KIO 602/15, w którym stwierdzono, że "brak zgody wykonawcy na przedłużenie okresu związania ofertą odnosi się nie tylko do sytuacji, w której wykonawca zgody takiej nie wyraża, ale również i takiej, gdzie wykonawca, co prawda wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, ale na okres krótszy niż ten określony przez zamawiającego na mocy przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp". Dalej należy*

wskazać, że wezwanie wykonawcy przez zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą nie może być przez wykonawcę ignorowane ze względu na skutki, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, (...).

Uzasadnieniem dla takiego twierdzenia jest po pierwsze fakt, że co do zasady czynności zamawiającego determinują przebieg postępowania i zamawiający jako gospodarz postępowania je kreuje, oczywiście w granicach prawa. Nie jest więc rolą wykonawcy ich negowanie, chyba że na drodze środków ochrony prawnej.

Po drugie, niezastosowanie się do czynności zamawiającego, w reżimie prawa zamówień publicznych, wywołuje określone konsekwencje dla wykonawcy. Brak wyrażenia zgody, na wezwanie zamawiającego, na przedłużenie terminu związania ofertą przez wykonawcę stanowi powód odrzucenia jego oferty. Oznacza to, że ustawodawca podkreślił wagę i znaczenie tej czynności dla postępowania.

Po trzecie, gdyby ustawodawca chciał zrównać sytuację, w której wykonawca nie przedłuża terminu związania ofertą czy to samodzielnie czy też na wezwanie zamawiającego, powodem odrzucenia oferty uczyniłby brak związania ofertą. Ustawodawca jednak nie zdecydował się na takie rozwiązanie, szczególne znaczenie, biorąc pod uwagę sankcję, przypisując czynności dokonywanej na wezwanie zamawiającego przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą.

Po czwarte, zaaprobowanie poglądu, że czynności wykonawcy w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą znoszą następne czynności zamawiającego w tym zakresie prowadziłyby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Wykonawca, który samodzielnie przedłuża termin związania ofertą samodzielnie mógłby ustalić warunki, na jakich to czyni, podczas, gdy inni wykonawcy byłiby związani tymi, które określił zamawiający. (...) choć przepis art. 85 ust. 2 ustawy Pzp daje zarówno wykonawcy uprawnienie do samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą, jak i zamawiającemu przyznaje uprawnienie do wystąpienia do wykonawcy w tym przedmiocie, to jednak skorzystanie przez Odwołującego z rzeczzonego uprawnienia nie zwalnia go z wykonania obowiązku nałożonego przez Zamawiającego, tym bardziej w sytuacji, w której Wykonawca przedłużył termin związania ofertą na warunkach (okres) innych niż wymaga tego zamawiający.

Skoro Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do wezwania wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą i z tego uprawnienia skorzysta, tak jak miało to miejsce w niniejszej sprawie, to Odwołujący winien postąpić zgodnie z żądaniem Zamawiającego, a tego nie czyniąc naraża się na sankcję określoną w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga, że ustawodawca skutku w postaci odrzucenia oferty wykonawcy nie wiąże z brakiem związania ofertą, ale z niewyrażeniem zgody na

przedłużenie terminu związania ofertą na warunkach, o których mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp.”

Wobec tego, że ustawodawca skutku w postaci odrzucenia oferty wykonawcy nie wiąże z brakiem związania ofertą, ale z niewyrażeniem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na warunkach, o których mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp bez znaczenia pozostaje okoliczność (podnoszona przez zamawiającego w Odpowiedzi na odwołanie), że zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w dniu 6 czerwca 2018 r., tj. w terminie związania ofertą oraz, że w terminie związania ofertą został wyznaczony dzień podpisania umowy (13 czerwca 2018 r.).

W przedmiotowej sprawie odwołujący nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą – jak oczekiwał tego zamawiający – do 29 czerwca 2018 r., a jedynie o 30 dni, tj. do 14 czerwca 2018 r., co należy uznać za brak zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na warunkach, określonych w przepisie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp i co powinno skutkować odrzuceniem oferty.

Zaakceptowanie działań przystępującego jest niedopuszczalne i z tej przyczyny, że przystępujący, który udzielił zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na okres krótszy niż wymagany pozostawałby w korzystniejszej sytuacji (aspect ekonomiczny – przedłużenie okresu ważności gwarancji) niż inni wykonawcy. Oznacza to, że zaakceptowanie czynności przystępującego doprowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Postępując wbrew żądaniom zamawiającego, przystępujący czyni zamawiającego zależnym od swojej woli, co do okresu przedłużenia terminu związania ofertą, choć to zamawiającemu przysługuje prawo do określenia tego terminu. Trudno zatem zaakceptować sytuację, w której to przystępujący w tym przedmiocie narzuca reguły postępowania, mimo, że zamawiający je określił. Mając zaś na uwadze, że zamawiający może wezwać wykonawcę jedynie jednokrotnie do przedłużenia terminu związania ofertą (art. 85 ust. 2 ustawy Pzp), zamawiający pozostawałby wobec niewykonania jego żądania przez przystępującego i przedłużenia terminu związania ofertą na inny okres w sytuacji, która zmusza go do złamania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, co oczywiście nie zasługuje na ochronę.

Reasumując, zamawiający niezasadnie zaniechał odrzucenia oferty przystępującego, ponieważ ten nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą.

Skład orzekający Izby oddalił wniosek o przeprowadzenie dowodu z kserokopii korespondencji e-mail, złożonej na rozprawie przez przystępującego, ponieważ przedmiotowy dowód nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Fakt podjęcia przez

przystępującego, zanim zamawiający skierował do przystępującego wniosek o przedłużenie terminu związania ofertą, starań w odniesieniu do przedłużenia okresu ważności gwarancji ubezpieczeniowej nie ma wpływu na ocenę, czy przystępujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu ofertą.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty przystępującego, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez zamawiającego na 6 600 036,43 zł (pkt 4 Protokołu ZP-PN).

Termin składania ofert upłynął 16 kwietnia 2018 r. o godz. 12³⁰ (pkt 10 ppkt 3 Protokołu ZP-PN).

16 kwietnia 2018 r., podczas publicznej sesji otwarcia ofert zamawiający podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć 8 118 044,81 zł brutto (pkt 11 ppkt 2 Protokołu ZP-PN).

Oferty złożyło 5 wykonawców, w tym odwołujący z ceną 9 827 454,00 zł i przystępujący z ceną 7 100 000,00 zł. Ceny zaoferowane przez pozostałych trzech wykonawców to: 10 578 000,00 zł, 11 491 290,67 zł oraz 11 980 200,00 zł (pkt 12 Protokołu ZP-PN).

Wszyscy wykonawcy, poza odwołującym, zastosowali podstawową stawkę podatku VAT dla całego przedmiotu zamówienia.

W „Arkuszu ofertowym” przystępujący oświadczył: „1. Oferuję/-emy wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę ryczałtową: netto 6.528.379,63 zł – VAT 8 i 23 % słownie: (...) – brutto (z podatkiem VAT): 7.100. 000,00 zł słownie: (...) 1a Oferuję/-emy wykonanie przedmiotu zamówienia (elementy związane z budynkiem) za cenę ryczałtową: - netto 6.199.379,63 zł – VAT 8 % słownie: (...) – brutto (z podatkiem VAT): 6.695. 330,00 zł słownie: (...) 1b Oferuję/-emy wykonanie przedmiotu zamówienia (elementy zewnętrzne) za cenę ryczałtową: - netto 329 000,00 zł – VAT 23 % słownie: (...) – brutto (z podatkiem VAT): 404.670,00 zł słownie: (...)”

Pismem z dnia 30 kwietnia 2018 r. zamawiający wezwał przystępującego, powołując się na przepis art. 90 ust. 1a pkt ustawy Pzp do złożenia „dodatkowych informacji dotyczących wyceny” oraz do „udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących

wyliczenia ceny”, powielając w dalszej części wezwania przepis ustawy Pzp, tj. zwrócił się o udzielenie wyjaśnień w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający wskazał, że oferta przystępującego jest o 30,36 % niższa w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu.

Zamawiający zażądał przedstawienia „Tabeli elementów rozliczeniowych”.

W piśmie z dnia 9 maja 2018 r. przystępujący oświadczył m.in., że:

- *cena ofertowa została skalkulowana prawidłowo, „na podstawie realnych cen składników cenotwórczych (cen zakupu materiałów i urządzeń otrzymanych od sprzedawców, cen sprzętu własnego, cen robocizny) zgodnie z obowiązującymi normami oraz przewidywanym czasem wykonania poszczególnych robót czy też elementów zamówienia”,*
- *„wycena kosztów wykonania robót obejmuje cały zakres zamówienia przewidziany przez Zamawiającego zawarty w SIWZ, projekcie wykonawczym oraz przedmiarach robót”,*
- *„cena netto naszej oferty za wykonanie zamówienia nie odbiega w sposób znaczący od ceny oferowanej przez następnych wykonawców”.*

Stanął na stanowisku, że jego cena winna być porównana do wartości oszacowanej przez zamawiającego i z tego względu uznał, że *„prawidłowa weryfikacja cen naszej oferty z kosztami przewidzianymi przez Państwo na wykonanie zamówienia jest możliwa jedynie w przypadku bezpośredniego porównania naszych kosztorysów za poszczególne branże w tym, cen jednostkowych poszczególnych materiałów oraz kosztów robocizny oraz przedstawieniu wycen materiałów oferowanych dla naszej firmy przez przewidywanych (ego) dostawców (ę) lub też producentów (a)”.*

Stanął także na stanowisku, że *„należy porównać średnią arytmetyczną cen ofert netto, a nie brutto z podatkiem VAT”* oraz zaprezentował uzasadnienie dla zastosowania dwóch (8% i 23%), stawek podatkowych, a nie – jak uczynili to błędnie w ocenie przystępującego – pozostali wykonawcy.

Podzielił się swoimi przypuszczeniami co do powstałych różnic pomiędzy jego

kosztem wykonania robót a pozostałych wykonawców (str. 3, czwarty akapit).

Złożył także szereg oświadczeń wiedzy opartych na swoim doświadczeniu rynkowym i uwag natury ogólnej referujących do zawyżania składników cenotwórczych w kosztorysach inwestorskich (str. 3, drugi akapit).

Do pisma przystępujący załączył „Tabelę elementów rozliczeniowych”.

Pismem z dnia 23 maja 2018 r. zamawiający wezwał przystępującego, powołując się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia kosztorysu ofertowego „w celu szczegółowej analizy wyceny oferty i jednoznacznego stwierdzenia czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny”, wskazując przy tym, że czyni to „zgodnie z sugestią Wykonawcy, iż prawidłowa weryfikacja cen oferty z kosztami przewidzianymi przez Zamawiającego na wykonanie zamówienia możliwa jest jedynie w przypadku bezpośredniego porównania kosztorysu Wykonawcy”.

Przy piśmie z dnia 30 maja 2018 r. przystępujący złożył kosztorys ofertowy, zastrzegając, że informacje w nim zawarte stanowią tajemnice przedsiębiorstwa.

Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach podał, że „Koszty zakupu poszczególnych materiałów (...) pochodzą z ofert(y) dostawców lub też producentów skierowanych do naszej firmy, które uzyskaliśmy w drodze zapytań do tych(tej) firm(y).” (str. 4 pkt 4) oraz zaliczył ceny materiałów i urządzeń, uwzględniające wieloletnią współpracę ze sprzedawcami i dostawcami do oszczędności wykonania zamówienia (str. 5 trzeci akapir pkt 1).

Podał nadto, w odniesieniu do wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dotyczących kosztów pracy zatrudnianych przez siebie w pełnym wymiarze pracowników, „z zachowaniem wymaganych zasad dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę”, że załącza wykaz pracowników z określeniem wymiaru czasu pracy (str. 6, pkt 4).

Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1a ustawy Pzp „W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia”

Jak podał zamawiający w wezwaniu skierowanym do przystępującego w dniu 30 kwietnia 2018 r. oferta przystępującego „jest niższa o 30,36% w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu.”

Wskazana różnica, w świetle przywołanego brzmienia art. 90 ust.1a ustawy Pzp, obligowała zamawiającego do wezwania przystępującego do złożenia w wyjaśnieniu. Zamawiający nie stwierdził przy tym, iż „rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia”. Wobec braku okoliczności oczywistych wyjaśniających

rozbieżność brak było podstaw do odstąpienia od żądania wyjaśnień.

Przystępujący, odpowiadając na wezwanie zamawiającego stanął na stanowisku, że ze względu na to, że *„pozostali oferenci przyjęli błędną stawkę podatku VAT 23% (...) należy porównać średnią arytmetyczną cen ofert netto, a nie brutto z podatkiem VAT.”* (str. 2, drugi akapit).

Skład orzekający Izby zauważa jednak, że art. 2 pkt 1) ustawy Pzp w odniesieniu do sposobu rozumienia ceny odsyła do art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915) – cena zatem to *„wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę”, „W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym.”*

Uwzględniając wskazany powyżej sposób rozumienia ceny stwierdzić należy, że stanowisko przystępującego jest wprost sprzeczne z przepisem art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, który mówi o średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a zatem o cenach brutto, uwzględniających podatek od towarów i usług.

Nie sposób także pominąć, że w przedmiotowej sprawie to nie wartość zamówienia, powiększona o podatek VAT, lecz średnia arytmetyczna cen z pozostałych ofert stanowiła odnośnik uzasadniający wezwanie, wobec czego wyjaśnienia przystępującego poświęcone relacji jego ceny ofertowej do szacunków zamawiającego były nieadekwatne, zbędne.

Skład orzekający Izby podkreśla, że zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień należy rozumieć jako przyjęcie domniemania, że oferowana cena jest rażąco niska. Ciężar wykazania, iż tak nie jest, spoczywa na wezwanym do złożenia wyjaśnień wykonawcy, co wynika wprost z przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp (*„Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.”*).

Wezwany wykonawca, wiedząc na jakich podstawach (w tym co do cen materiałów) oparł swoje wyliczenia co do zaoferowanej ceny winien tak sformułować treść wyjaśnień, aby przekonać zamawiającego, że podstawy te były prawidłowe i uzasadnione, a nadto, aby zaprezentować – adekwatnie do dokonanego przez siebie doboru – dowody.

W ocenie składu orzekającego obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej przystępujący nie sprostał, poprzestając na głoślowych oświadczeniach.

Odwołujący podnosił, że złożenie przez przystępującego (i to na dodatkowe żądanie zamawiającego) samych kosztorysów nie było wystarczające, koniecznym byłoby przedłożenie ofert na materiały, *„które stanowią istotną część oferty, a które wg konsorcjum mają korzystniejsze ceny niż w kosztorysie inwestorskim. Konsorcjum swoje wyjaśnienia skupiło jedynie na odniesieniu do kosztorysów inwestorskich, a tylko w sposób lakoniczny*

odniosło się do ofert innych Wykonawców, a to w tym zakresie jest większa różnica.” (str. 5 Odwołania, pierwszy akapit). Na rozprawie odwołujący podkreślał też, że „Sam odwołujący w treści swoich wyjaśnień odwoływał się do wykazu pracowników oraz kosztorysów ofertowych, wielokrotnie też odwoływał się do dowodu w postaci wyceny materiałów, jednak o ile kosztorysy ofertowe zostały ostatecznie złożone przez przystępującego, o tyle wyceny materiałów nie, a przecież sam przystępujący ocenił, że jest to niezbędne dla porównania poziomu cen ujętych w wycenie przez przystępującego i pozostałych wykonawców.”

Skład orzekający Izby podzielił stanowisko odwołującego, że załączenie „Tabel elementów rozliczeniowych” (czego wprost żądał zamawiający) nie było wystarczające. Stanowisko to jest zasadne z tego względu, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, w przypadku których istotny element cenotwórczy stanowią materiały, a także z tego względu, że to sam udzielający wyjaśnień wykonawca zaliczył ceny materiałów do oszczędności wykonania zamówienia. Ujęcie w ramach wyjaśnień ofert na materiały, jakie uzyskał przystępujący w ramach „wieloletniej współpracy ze sprzedawcami i dostawcami” było w tym stanie rzeczy niezbędne dla wykazania poziomu tych cen – to te bowiem ceny pozwoliły wykonawcy, jak sam ocenił, na oszczędności.

Podobnie rzecz ma się w przypadku kosztów osobowych. Kwalifikacja przystępującego, że wykaz pracowników zatrudnionych na cały etat stanowi potwierdzenie „zachowania wymaganych zasad dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę” wymagała złożenia tegoż wykazu, czego – pomimo zapowiedzi – wykonawca ostatecznie zaniechał.

Reasumując, zamawiający niezasadnie zaniechał odrzucenia oferty przystępującego, ponieważ ten złożył niewystarczające, niekompletne – również z perspektywy wskazywanych przez przystępującego jako istotnych elementów cenotwórczych – wyjaśnienia w tym dowody, które nie obaliły domniemania, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, co obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty z zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: